



RAPPORT DE Mme DEPELLEY, CONSEILLER REFERENDAIRE

Arrêt n°777 du 30 septembre 2020

Pourvoi n° Z1913714

Décision attaquée : 31 janvier 2019 de la cour d'appel de Paris

le comité d'entreprise de la société New Look

C/

la société BTSG

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société New Look est spécialisée dans la commercialisation d'articles de prêt-à-porter et d'accessoires de mode.

Elle comportait 31 magasins répartis sur toute la France et employait 496 salariés au 31 juillet 2018.

Envisageant un plan de restructuration, la direction de la société NEW LOOK a convoqué son comité d'hygiène et de sécurité (CHSCT) et son comité d'entreprise (CE) le 10 septembre 2018 à deux réunions le 17 septembre 2018, en diffusant à cette occasion :

- à l'intention du CE, un document d'information intitulé « Note d'information du comité d'entreprise de NEW LOOK France en vue de leur consultation sur un projet de réorganisation / « Livre II du Code du travail » » ;
- un projet d'accord collectif avec les organisations syndicales intitulé « Accord collectif majoritaires relatif à un Plan de Sauvegarde de l'Emploi / « Livre I », annonçant le licenciement de 227 salariés en contrat de travail à durée indéterminée et le non-renouvellement de 35

salariés en contrat de travail à durée déterminée.

Selon le calendrier de procédure présenté dans le plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), la société a indiqué que les fermetures de magasins devaient intervenir entre le 30 septembre 2018 et le 24 novembre 2021.

La fermeture effective du magasin de Rouen Gros Horloge est intervenue le 19 septembre 2018. Les salariés de ce magasin ont été placés en dispense d'activité et une proposition de mobilité devait leur être adressée vers le magasin de Rouen Dock 76.

Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (Dirrecte) de Paris a été informé de la mise en oeuvre de cette procédure par courrier du 11 septembre 2018, l'enregistrement en ligne sur le site internet étant effective le 14 septembre 2018.

Le CE et le CHSCT de la société New Look ainsi que le syndicat Sud Commerce et services Île de France ont, par acte d'huissier de justice signifié le 13 septembre 2018 suivant la procédure de référé d'heure à heure, assigné la société New Look devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris, au motif que les documents remis le 10 septembre 2018 préoyaient la fermeture imminente d'un certain nombre de magasins, dans un délai non compatible avec les délais légaux de consultation, tel étant le cas notamment du magasin de Calais dont la fermeture était fixée au 30 septembre 2018 et celui de Rouen Gros Horloge dont la fermeture était fixée au 1er octobre 2018, suivie de la fermeture des magasins de Villeteuse et de Dijon au 31 décembre 2018. Leurs demandes étaient notamment les suivantes :

- au visa des articles L.2323-2, L.2323-31 et L.4612-8-1 du code du travail et de l'article 809 du code de procédure civile ;
- suspendre la fermeture des magasins de la société NEW LOOK et toute mise en oeuvre du projet de restructuration susmentionné tant que les procédures d'information et de consultation du CE et du CHSCT ne seront pas terminées, après avoir constaté que la société NEW LOOK, d'une part a annoncé des fermetures de magasins avant même d'avoir informé les IRP sur ce plan de restructuration, et d'autre part envisage de fermer des magasins avant d'avoir consulté les IRP sur ce même plan de restructuration ;
- assortir cette injonction d'une astreinte de 100.000 € par jour et par infraction constatés à compter de la décision à intervenir ;

Par ordonnance du 18 septembre 2018, le président du tribunal de grande instance de Paris statuant en référé a notamment :

Annulé pour défaut de capacité à agir, l'assignation du 13 septembre 2018 en ce qui concerne l'ensemble des demandes formées par le CHSCT de la société New Look à l'encontre de la SAS New Look ;

Rejeté la demande formée par la SAS New Look aux fins d'annulation de l'assignation du 13 septembre 2018 en ce qui concerne l'ensemble des demandes formées à l'encontre de cette dernière par le comité d'entreprise de la société New Look et le syndicat Sud Commerces et Services Ile-de-France ;

Déclaré irrecevable devant les juridictions de l'ordre judiciaire l'ensemble des demandes principales formées par le comité d'entreprise de la société New Look et le syndicat Sud Commerces et Services Ile-de-France à l'encontre de la SAS New Look aux fins de suspension sous astreinte de fermeture de magasins et de toute mise en oeuvre du projet susmentionné de restructuration ;

Rejeté les demandes des parties au visa de l'article 700 du code de procédure civile ;

Le CE et le CHSCT de la société New Look ainsi que le syndicat Sud Commerce et services Île de France ont interjeté appel de l'ordonnance le 20 septembre 2018. Ils ont également adressé le 28 septembre 2018 à la Direccte de Paris, une demande d'injonction-observations fondée sur les mêmes prétentions que celles soumises au juge des référés de Paris, notamment en ce qui concerne

la fermeture de certains magasins sans respect des délais de consultation.

Par décision du 26 octobre 2018 notifiée par voie dématérialisée, l'administration a rendu plusieurs injonctions contre la société, dont la suspension de sa réorganisation pendant la période déterminée de la procédure d'information- consultation, afin de se conformer à la règle de procédure prévue en matière de PSE¹.

Pour le magasin de Rouen Gros Horloge, la Direccte s'est estimée incompétente pour ordonner la remise en état de la situation qui ne figure pas selon elle dans la liste de ses attributions énumérées à l'article L.1233-57-5 du code du travail².

La fermeture du magasin de Calais a été suspendue du fait du report de l'expiration du congé au 1er juillet 2019, quatre autres magasins étant également concernés par le report de la fin du bail à la même date.

¹ *Décision du 26 octobre Dirrecte Ile de France (production n°1, mémoire observations en réponse QPC), décide Article 1 : d'enjoindre à la société New Look France :*

- de suspendre sa réorganisation pendant la période déterminée de la procédure d'information-consultation, afin de se conformer à la règle de procédure prévue en matière de plan de sauvegarde de l'emploi ;

- de convoquer une nouvelle réunion du CE, avec un ordre du jour complet, et présidée de façon à être en mesure de répondre aux questions du CE et de compléter l'information-consultation de celui-ci au titre de la première réunion qui, ainsi dûment constituée, fera courir les délais ;

- de transmettre au CE toute information utile concernant les CDD, ainsi que les fiches de postes des salariés avant et après la réorganisation ;

- de fournir tout élément probant justifiant de la présentation au CHSCT d'un document sur les effets du projet de restructuration sur la santé, la sécurité et les conditions de travail, au titre de l'article L.4612-8-1 du Code du travail ; à défaut, de transmettre un document sur les effets du projet de restructuration sur la santé, la sécurité et les conditions de travail, au titre de l'article L.4612-8-1 du Code du travail et d'organiser une réunion complémentaire à la réunion du 17 septembre afin de constituer de façon régulière une première consultation du CHSCT ;

² *Décision du 26 octobre Dirrecte Ile de France (production n°1, mémoire observations en réponse QPC), page 4*

Le 30 novembre 2018, la société New Look France a annoncé dans une note remise aux élus en vue de la réunion du comité du 4 décembre 2018, que le projet de réorganisation de l'entreprise était abandonné.

Par arrêt du 31 janvier 2019, la cour d'appel de Paris a confirmé l'ordonnance en toutes ses dispositions et, y ajoutant, a :

- déclaré irrecevable en appel les demandes du CHSCT ;
- constaté l'abandon du projet de réorganisation de l'entreprise par la société New Look France au 30 novembre 2018 ;
- dit la juridiction judiciaire de référé compétente pour statuer sur les demandes présentées en appel par le comité d'entreprise et le syndicat Sud Commerces et Services IDF sur le risque de fermetures des magasins de la société, - rejeté ces demandes en l'absence d'un risque imminent avéré,

Le 14 mars 2019, le CE et le CHSCT de la société New Look ainsi que le syndicat Sud

Commerce et services Île de France ont formé un pourvoi contre cet arrêt.

Le 15 juillet 2019, le CHSCT de la société New Look s'est désisté du pourvoi. Le 15 juillet

2019, un mémoire ampliatif (demande de 3500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile) et un mémoire distinct à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité ont été déposés pour le CE de la société New Look et le syndicat Sud commerces et Services Ile de France.

La société BTSG, en la personne de M. X..., es qualité de liquidateur de la société New Look et la société MJA, en la personne de Mme Y..., es qualité de liquidateur de la société New Look, ont déposé un mémoire en défense (demande de 3500 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile).

Par arrêt du 9 octobre 2019, la chambre sociale de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

2 - Analyse succincte des moyens

Le comité d'entreprise de la société New Look et le syndicat SUD commerces et services Ile de France font grief à l'arrêt de confirmer l'ordonnance du tribunal de grande instance en ce qu'elle a déclaré irrecevable devant les juridictions de l'ordre judiciaire l'ensemble des demandes principales formées par le comité d'entreprise et le syndicat aux fins de suspension sous astreinte de la fermeture de magasins et de toute mise en oeuvre du projet de restructuration, alors :

1⁰/ que si l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1 du code du travail, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision administrative de validation ou d'homologation, le juge judiciaire demeure seul compétent pour se prononcer sur une demande aux fins de suspension sous astreinte de la mise en oeuvre anticipée d'une décision de fermeture de magasins par une personne morale de droit privé avant l'achèvement de la consultation des instances représentatives du personnel, y compris lorsque cette décision s'inscrit dans un projet de restructuration et de compression des effectifs ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a violé les articles L. 2323-1, L. 2323-2, L. 2323-31, L.4612-8-1, L. 1233-57-5 et L. 1235-7-1 du code du travail, dans leur version applicable au litige, l'article 4 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, ensemble la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et le principe de la séparation des pouvoirs ;

2⁰/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal ; que l'administration ou le juge administratif sont incompétents pour ordonner la suspension d'une décision de fermeture de magasins prise par une personne morale de droit privé avant l'achèvement de la procédure légale d'information-consultation des représentants du personnel ; qu'en jugeant néanmoins que le juge judiciaire serait incompétent pour connaître en référé de cette demande, au motif inopérant que la décision de l'employeur constitue une mesure accessoire du plan de sauvegarde de l'emploi permettant d'aboutir à la suppression des emplois, la cour d'appel, qui, par son incompétence négative, a privé les exposants d'un accès effectif et utile au juge afin de contester la décision de l'employeur, a violé, par fausse application, les articles L. 1235-7-1 et L. 1233-57-5 du code du travail, ensemble l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen et l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

3⁰/ que l'abrogation des articles L. 1235-7-1 et L. 1233-57-5 du code du travail, institués par l'article 18 de la n^o 2013-504 du 14 juin 2013 entraînera, par voie de conséquence, l'annulation de l'arrêt

attaqué ainsi dépourvu de base légale, en application de l'article 625 du code de procédure civile.

Le mémoire ampliatif fait valoir en substance à l'appui du moyen unique du pourvoi que l'employeur, sans attendre le recueil de l'avis du comité après avoir engagé la procédure de consultation, a mis en oeuvre certaines décisions résultant du projet de réorganisation (dont la fermeture du magasin de Rouen Gros Horloge le 19 septembre 2018), ce qui constituait une entrave à leur droit d'être consulté antérieurement à la mise en oeuvre d'une décision conformément aux articles L.2323-2 (pour le CE) et L. 4612-8-1 (pour le CHSCT) du code du travail. Il est soutenu que les demandeurs au pourvoi se prévalaient de la méconnaissance des textes généraux relatifs à leurs prérogatives qui ne sont nullement insérés dans la « procédure de licenciement collectif pour motif économique ». Cette entrave, qui constitue elle-même un trouble manifestement illicite, ne pouvait donc être connue que du juge judiciaire, seul compétent pour ordonner toute mesure nécessaire pour faire cesser le trouble résultant de la violation des articles L. 2323-2 et L. 4612-8-1 du code du travail en application de l'article 809 du code de procédure civile, y compris des mesures de remise en état.

Il est ainsi reproché à la cour d'appel, pour écarter la compétence du juge judiciaire, d'avoir fait application des dispositions de l'article L1235-7-1 du code du travail, alors qu'une demande aux fins d'obtenir la suspension d'une décision de fermeture de magasins prise par l'employeur avant l'achèvement de la procédure légale d'information-consultation des représentants du personnel ne concerne aucun des points listés à cet article. L'accord collectif portant plan de sauvegarde de l'emploi n'était pas contesté et la décision de fermeture des magasins ne constituait pas davantage « le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi » tel que visé à l'article L.1233-62 du code du travail mais faisait l'objet du projet de réorganisation explicité dans le « livre II » remis aux représentants du personnel.

Il est en outre relevé que la demande ne concernait pas non plus « la régularité de la procédure de licenciement collectif pour motif économique » dont il est soutenu qu'elle a été respectée par l'employeur, à savoir l'obligation d'ouvrir la procédure d'information-consultation des représentants du personnel dans le cadre d'un licenciement collectif pour motif économique conformément à l'article L. 2323-31 du code du travail et l'obligation informative et les délais de transmission des documents d'information aux représentants du personnel tels qu'ils sont fixés aux articles L. 1233-28 et suivants du code du travail. Ces points procéduraux applicables à la procédure de licenciement pour motif économique n'étaient pas en litige.

Enfin, il est soutenu qu'au regard de l'article L.1235-57-5 l'injonction de l'administration ne peut être assortie d'aucun moyen contraignant et est donc privée de quelque effet utile. La seule menace serait éventuellement le refus d'homologation ou de validation du plan de sauvegarde de l'emploi, mais encore faut-il que l'administration puis, surtout, le juge administratif considèrent que la mise en oeuvre anticipée du projet de réorganisation constitue une cause légale de refus d'homologation ou de validation du plan de sauvegarde de l'emploi. Cette hypothèse n'est même pas envisagée par l'instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en oeuvre de la procédure de licenciement économique collectif qui encadre aujourd'hui les rôles des Direccte en ce domaine.

A l'appui de la 2^{ème}
branche, le mémoire ampliatif fait valoir que, par son

incompétence négative, la cour d'appel a privé les exposants de l'accès utile et effectif à un juge ayant pouvoir d'ordonner sous astreinte à une personne morale de droit privé de suspendre la mise en oeuvre anticipée de son projet de réorganisation. Il est soutenu que l'administration n'a aucun pouvoir pour enjoindre, sous astreinte, à une personne morale de droit privé de suspendre une décision de fermeture de magasins et que les procédures d'urgence devant les juridictions administratives ne concernent que les relations entre les administrés et l'administration ne permettant pas au tribunal administratif de connaître d'un trouble illicite causé à une personne de droit privé par une autre personne de droit privé.

Le mémoire en défense soutient en substance que dès lors que la décision de l'employeur contestée s'inscrit dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, l'article L.1235-7-1 du code du travail donne expressément compétence au juge administratif. Il est relevé que le comité d'entreprise et le syndicat SUD en ce qu'ils se plaignent à l'appui de leur moyen que « la mise en oeuvre anticipée d'une décision de fermeture de magasins par une personne morale de droit privé avant l'achèvement de la consultation des instances représentatives du personnel, y compris lorsque cette décision s'inscrit dans un projet de restructuration et de compression des effectifs », invoquent la règle de procédure selon laquelle la consultation-information des instances représentatives doit être accomplie avant de pouvoir mettre en oeuvre les mesures du projet de PSE. Le litige s'inscrit donc bien dans l'hypothèse de l'article L.1233-57-5 du code du travail expressément visé par l'article L.1235-7-1.

Il est soutenu que c'est à tort que les demandeurs se prévalent des articles L.2323-1, L.2323-2, L.2323-31 et L.4612-8-1 du code du travail (dans leur version applicable au litige), c'est-à-dire des textes sur les attributions générales du comité d'entreprise et du CHSCT, dans la mesure où dans le cas où un PSE est envisagé, un texte spécial, en l'occurrence l'article L.1235-7-1, prévoit explicitement la compétence du juge administratif. Ce texte spécifique doit prévaloir sur les règles générales, en application de l'adage le « spécial déroge au général ».

Sur la 2^{ème} branche, le mémoire en défense affirme que la critique est radicalement mal fondée, en ce qu'elle invoque une atteinte au droit à un accès effectif au juge, au prétexte que l'administration ou le juge administratif seraient eux-mêmes incompétents pour ordonner la suspension d'une décision de fermeture de magasins prise par une personne morale de droit privé avant l'achèvement de la procédure légale d'information-consultation des représentants du personnel. L'autorité administrative compétente en application des dispositions contestées des articles L.1235-7-1 et L.1233-57-5 du code du travail dispose bien d'un pouvoir d'injonction sur l'employeur, et le juge administratif dispose lui-même du pouvoir de contrôler la décision de l'autorité administrative, ce qui affecte, par ricochet, l'employeur.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le juge judiciaire reste-t-il compétent pour statuer en référé sur une demande d'un comité d'entreprise aux fins de suspension sous astreinte de la mise en oeuvre anticipée d'un projet de restructuration soumis à l'obligation d'établir un PSE, avant l'achèvement de la consultation des instances représentatives du personnel ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

[...]

4-2 - Eléments d'appréciation

Le juge judiciaire reste-t-il compétent pour statuer en référé sur une demande d'un comité d'entreprise aux fins de suspension sous astreinte de la mise en oeuvre anticipée d'un projet de restructuration soumis à l'obligation d'établir un PSE, avant l'achèvement de la consultation des instances représentatives du personnel ? Cette compétence peut-elle encore s'envisager dans le cadre des attributions générales du comité d'entreprise et de ses modalités d'exercice prévues par les articles L.2323-1⁴ et suivants du code du travail ou relève-t-elle de la compétence exclusive de l'autorité administrative et du juge administratif telle que prévue et organisée pour la procédure de licenciement économique collectif accompagné d'un plan de sauvegarde de l'emploi notamment aux articles L.1233-57-5 et L.1235-7-1 du code du travail ?

Pour apprécier la réponse à donner, il apparaît nécessaire de revenir sur l'évolution des régimes de consultation du comité d'entreprise en cas de projet de restructuration et de compression des effectifs avant et après la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi et de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015.

Des éléments relatifs au droit de l'Union et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen , seront par ailleurs donnés.

⁴ Dans leur rédaction antérieure aux ordonnances n°2017-1386 et n°2017-1387 du 22 septembre 2017 / Articles L2312-8 et suivants du code du travail pour le CSE

>Sur les procédures de consultation menées avant la loi du 14 juin 2013 :

Des articles L.2323-1 et suivants, dans leur rédaction antérieure au 17 juin 2013 et de la jurisprudence, il est résulté une compétence « générale » du comité d'entreprise devant être informé et consulté, préalablement, aux décisions d'une certaine importance⁵ intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle.

Outre la consultation du CE sur la marche générale de l'entreprise, il était également prévu à l'article L.2323-15⁶ de saisir le CE « en temps utile » sur les projets de restructuration et de compression des effectifs pour émettre un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application, la notion de compression des effectifs devant être entendue plus largement que celle de licenciement pour motif économique⁷.

Ces dispositions générales sur la consultation du comité d'entreprise en matière d'emploi posaient la question de leur combinaison avec la consultation de ce même comité sur un projet de licenciement collectif pour motif économique.

La procédure de l'article L.2323-15, anciennement dénommée « procédure livre IV » ayant sa spécificité, était obligatoire même dans les cas où le chef d'entreprise devait respecter une procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise, organisée par les articles L.1233-8, L.1233-28 et suivants du code du travail en cas de licenciement collectif (ancien Livre III).

Dans l'arrêt Sietam, la chambre sociale de la Cour de cassation a clairement affirmé que les deux procédures d'information et de consultation avaient des objets distincts, étaient soumises à des délais différents et qu'elles devaient être respectées l'une et l'autre⁸. La chambre sociale est venue préciser que l'employeur pouvait conduire « concomitamment » les deux procédures de consultation, mais à condition qu'elles soient suivies distinctement et sous réserve du respect des délais les plus

⁵ *Crim. 15 avril 1982 Bull crim n°90 ; Soc. 26 mai 1981 Bull V n°466*

⁶ Version en vigueur du 1^{er} mai 2008 au 1^{er} juillet 2013 : "Le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs. Il émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application. Cet avis est transmis à l'autorité administrative."

⁷ *En ce sens Crim 4 novembre 1997 Bull crim n°370*

⁸ *Soc. 16 avril 1996, n°93-20.228, Bull V n°165 ; également Soc., 9 février 2000, pourvoi n° 98-12.143, Bull. 2000, V, n° 62 :*

favorables⁹. Autrement dit, il n'était pas nécessaire que la procédure d'information et de consultation du Livre IV soit achevée pour que le chef d'entreprise puisse ouvrir la procédure d'information et de consultation du Livre III. Les deux procédures restent différenciées, elles donnent lieu à des informations et à des débats distincts, mais elles peuvent être menées au cours des mêmes réunions, la distinction devant ressortir de l'ordre du jour et des procès-verbaux¹⁰. La loi du 18 janvier 2005 a consacré cette jurisprudence en introduisant à L.1233-30¹¹ la possibilité pour l'employeur de mener concomitamment la mise en oeuvre de la procédure de consultation sur les licenciements avec celle prévue à l'article L.2323-15.

Sur les modalités d'exercice de l'information et consultation du comité d'entreprise l'article L.2323-4 disposait que pour permettre à celui-ci de formuler un avis motivé, le comité d'entreprise dispose d'informations précises et écrites transmises par l'employeur, d'un délai d'examen suffisant et de la réponse motivée de l'employeur à ses propres observations.

La chambre criminelle a jugé que la tardiveté de l'information donnée au comité d'entreprise peut en elle-même, lorsqu'elle apparaît délibérée, caractériser le délit

⁹ Soc., 17 juin 1997, n° 95-18.904, Bull. V n° 223 ; également Soc., 9 février 2000, pourvoi n° 98-12.143, Bull. 2000, V, n° 62

¹⁰ Soc., 9 février 2000, pourvoi n° 98-12.143, Bull. 2000, V, n° 62 : Ayant constaté que la convocation du comité d'entreprise à une réunion mentionnait que la réunion avait pour objet, d'abord, l'information et la consultation du comité sur le projet de redéploiement des activités de la DIAC, ensuite, l'information et la consultation du comité sur le projet d'accompagnement social du projet de redéploiement et qu'y étaient joints deux documents distincts se rapportant à chacun des objets de l'ordre du jour, la cour d'appel qui a relevé qu'il résultait de l'examen des procès-verbaux des quatre réunions du comité d'entreprise que celui-ci avait été consulté lors de chaque réunion distinctement, sur de simples projets et non sur une décision déjà prise, a pu décider que les procédures de consultation avaient été respectées l'une et l'autre.

¹¹ Version en vigueur du 24 mars 2012 au 1^{er} juillet 2013 : "Dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins cinquante salariés, l'employeur réunit et consulte le comité d'entreprise.

Il peut procéder à ces opérations concomitamment à la mise en oeuvre de la procédure de consultation prévue par l'article L. 2323-15.

Le comité d'entreprise tient deux réunions séparées par un délai qui ne peut être supérieur à :

1° Quatorze jours lorsque le nombre des licenciements est inférieur à cent ;

2° Vingt et un jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à cent et inférieur à deux cent cinquante ;

3° Vingt-huit jours lorsque le nombre des licenciements est au moins égal à deux cent cinquante. Une convention ou un accord collectif de travail peut prévoir des délais plus favorables aux salariés.

Lorsqu'il n'existe pas de comité d'entreprise et qu'un procès-verbal de carence a été transmis à l'inspecteur du travail, le projet de licenciement est soumis aux délégués du personnel."

d'entrave¹², ainsi que le défaut consultation du comité d'entreprise dans les conditions prévues par la loi¹³.

S'est posée la question de l'impact de ces manquements sur la décision elle-même du chef d'entreprise. L'administration considérait que, dans la mesure où le comité n'a pas le pouvoir de s'opposer à une décision du chef d'entreprise, la décision restait valide en elle-même et que le comité ne pouvait agir par la voie judiciaire – référé – pour en faire suspendre la mise en œuvre (JO AN CR 4 juin 1982, p. 2935).

Cependant, ceci n'a pas été l'orientation de la jurisprudence, et la Cour de cassation a admis que les contestations émises par les représentants du personnel sur la procédure d'information et de consultation tant au titre des attributions propres au CE qu'au titre de la procédure de licenciement pour motif économique relèvent du tribunal de grande instance.

Confronté à un trouble manifestement illicite par mépris de ses attributions, le comité d'entreprise peut saisir le juge des référés pour faire ordonner, par exemple, la production d'informations, la désignation d'un expert, la suspension de la mesure projetée tant qu'il n'a pas été régulièrement consulté.

C'est notamment le juge des référés, en cas de trouble manifestement illicite, qui peut être amené à contrôler la régularité de la procédure de consultation du comité d'entreprise et ordonner la suspension de la procédure s'il y avait lieu¹⁴ ou la suspension d'une mesure prise par l'employeur sans consultation préalable du comité d'entreprise¹⁵.

¹² *Crim.*, 28 novembre 1984, n° 83-93.094, Bull. n° 375 : Pour l'application de l'article L 432-4 (devenu L 432-1) du Code du travail, qui dispose, notamment, que le comité d'entreprise est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, le législateur a entendu que cet organisme soit informé et consulté préalablement à toute décision sur la mesure envisagée et, ce, dans un délai lui permettant d'émettre un avis en connaissance de cause

¹³ *Cass. crim.*, 16 oct. 2001, no 01-80.152 ; *Cass. crim.*, 15 mai 2007, no 06-84.318

¹⁴ *Soc.* 16 avril 1996, n°94-11.660, Bull n°164 ; *Soc.*, 16 avril 1996, n° 93-15.417, Bull V n° 163 et *Soc.* 17 juin 1997, n°95-18.904, Bull V n°223 : Une cour d'appel, statuant en appel d'une ordonnance de référé, a pu décider qu'un trouble manifestement illicite résultait de l'irrégularité de la procédure de consultation du comité d'établissement sur le projet de licenciement collectif pour motif économique consécutive à l'absence d'information et de consultation de ce même comité sur la décision de l'employeur de fermer un magasin, et ordonner la mesure de remise en état qui s'imposait pour faire cesser ce trouble.

¹⁵ *Soc.*, 6 mars 2012, n° 10-30.815 : la juridiction des référés peut ordonner la suspension des effets d'une mesure prise par l'employeur sans consultation préalable du comité d'entreprise ; cf également *soc.* 12 juillet 2005, n°03-10.633 ; *Soc.*, 30 juin 2010, pourvoi n° 09-13.640, Bull. 2010, V, n° 156

La chambre sociale a assimilé au défaut de consultation l'insuffisance de l'information reçue pour permettre à l'instance de rendre utilement un avis et de nature à justifier que soit ordonné la suspension de la mise en oeuvre du projet objet de la consultation¹⁶

Dans le cadre des procédures de licenciement pour motif économique, le juge des référés judiciaire pouvait contrôler le contenu et l'existence du PSE¹⁷, l'élément qui déclenche l'obligation de l'établir¹⁸, la régularité de la consultation et la reprise de celle-ci à l'origine¹⁹. Il pouvait constater la nullité du plan, la nullité des licenciements et ordonner la réintégration des salariés²⁰.

L'irrégularité de la procédure consultative tant sur le projet de restructuration que sur le plan social, entraînait la suspension de cette procédure lorsqu'elle était soulevée avant la notification des licenciements²¹ et réparation du préjudice subi dans le cas contraire²². La nullité de la procédure était encourue si l'employeur passait outre l'irrégularité constatée et notifiait les licenciements²³.

n°159

¹⁶ Soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 07-10.597, Bull. 2008, V

¹⁷ Soc. 12 novembre 1996, n°92-44.905, Bull V n°375 ; Soc. 17 mai 1995, n°94-10.535, Bull v

¹⁸ Soc. 3 décembre 1996, n°95-17.352, Bull V n°411

¹⁹ Soc., 5 novembre 2014, pourvoi n° 13-17.270, Bull. 2014, V, n° 256

²⁰ Soc. 13 février 1997, n°96-41.874, Bull V n°64 : Aux termes de l'article L. 321-4-1, alinéa 2, du Code du travail, la procédure de licenciement est nulle et de nul effet tant qu'un plan visant au reclassement des salariés s'intégrant au plan social n'est pas présenté par l'employeur aux représentants du personnel qui doivent être réunis, informés et consultés. Il en résulte que la nullité qui affecte le plan social s'étend à tous les actes subséquents et en particulier les licenciements prononcés par l'employeur, qui constituent la suite et la conséquence de la procédure de licenciement collectif suivie par application de l'article L. 321-4-1 susmentionné, sont eux-mêmes nuls Par suite, une cour d'appel, ayant constaté que la procédure de licenciement collectif avait été déclarée nulle, a pu décider que les ruptures prononcées constituaient un trouble manifestement illicite et ordonner pour le faire cesser la poursuite des contrats de travail illégalement rompus.

²¹ Soc. 11 janvier 2007, n°05-10. 350, Bull n°5 : Seule l'absence ou la nullité d'un plan de sauvegarde de l'emploi pouvant entraîner la nullité de la procédure de licenciement pour motif économique, les irrégularités affectant la procédure de consultation permettent seulement d'obtenir la suspension de la procédure de licenciement, tant qu'elle n'est pas achevée par la notification des licenciements ou, à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre, suivant les prévisions de l'article L. 122-14-4 du code du travail.

²² Soc. 25 octobre 2006, n°04-19. 845 et Soc.12 novembre 2008, n°07-43.242

²³ Soc. 14 janvier 2003, n°01-10.239, Bull V n°5 ; Soc. 7 avril 2004, n° 02-17.128, Bull V n°108 : "L'irrégularité affectant le déroulement de la procédure d'information-consultation permet seulement au comité d'entreprise d'obtenir la suspension de la procédure, si elle n'est pas terminée, ou à défaut, la réparation du préjudice subi à ce titre, à moins que l'irrégularité ait été invoquée avant le terme de la procédure de consultation, à un moment où elle pouvait encore être suspendue ou reprise et que l'employeur ait néanmoins notifié des licenciements."

La chambre sociale a précisé que la nullité de la procédure de licenciement prévue par l'article L. 1235-10 du code du travail en cas de nullité du plan de sauvegarde de l'emploi n'affecte pas la procédure de consultation prévue aux articles L. 2323-1 et suivants de ce code qui a été régulièrement suivie²⁴.

La procédure de référé était considérée comme le moyen le plus efficace d'assurer le respect des prérogatives des institutions représentatives du personnel parce qu'elle permettait de suspendre rapidement les effets d'une mesure irrégulièrement prise à leur insu²⁵.

Dans un objectif de sécuriser la procédure d'information - consultation des instances représentatives du personnel dans le cadre des licenciements économiques collectifs et d'éviter que le contentieux relatif à cette procédure ne ralentisse trop sa progression, la loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 a encadré la possibilité de saisir le juge des référés d'une contestation relative à la régularité de la procédure de consultation des représentants du personnel dans un délai de quinze jours après chaque réunion du comité d'entreprise²⁶.

➤ **Sur les procédures de consultation menées après la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi et la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi:**

La loi n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a profondément modifié le droit du licenciement pour motif économique, notamment en ce qui concerne la procédure d'information et de consultation des instances représentatives du personnel.

²⁴ Soc. 25 septembre 2013, n°12-20.986

²⁵ Extrait Commentaire RJS 2012.469 de l'arrêt précité note n° 10, Soc., 6 mars 2012, n° 10-30.815 : “La procédure de référé constitue ainsi le moyen le plus efficace d'assurer le respect des prérogatives des institutions représentatives du personnel parce qu'elle permet de suspendre rapidement les effets d'une mesure irrégulièrement prise à leur insu. C'est ce que rappelle la réponse donnée à la première branche du moyen, qui contestait la nécessité de la reprise de l'activité de la raffinerie ordonnée en référé. Dès lors que la décision de cesser l'activité avait été prise sans que les représentants du personnel en soient préalablement informés et invités à donner leur avis, le rétablissement de la situation antérieure constituait le moyen de mettre fin à ce trouble manifestement illicite. Mais ce pouvoir cesse lorsque le trouble illicite a pris fin. La cour d'appel ne pouvait donc ordonner la poursuite de l'activité alors qu'à la date où elle se prononçait la consultation des institutions représentatives avait eu lieu. Cette régularisation rendait sans objet la mesure de référé”

²⁶ Création de l'article L321-16 par la loi du 18 janvier 2005 devenu l'article L.1235-7 dans sa version en vigueur jusqu'au 1^{er} juillet 2013 : Toute action en référé portant sur la régularité de la procédure de consultation des instances représentatives du personnel est introduite, à peine d'irrecevabilité, dans un délai de quinze jours suivant chacune des réunions du comité d'entreprise. Toute contestation portant sur la régularité ou la validité du licenciement se prescrit par douze mois à compter de la dernière réunion du comité d'entreprise ou, dans le cadre de l'exercice par le salarié de son droit individuel à contester la régularité ou la validité du licenciement, à compter de la notification de celui-ci. Ce délai n'est opposable au salarié que s'il en a été fait mention dans la lettre de licenciement

Dans la ligne de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, la réforme a eu clairement pour objectif de favoriser la négociation et la concertation en cours de procédure de consultation, tout en donnant une concrète visibilité quant à sa durée en encadrant le temps de la procédure par des délais préfix de consultation.

A cet effet, la réforme a considérablement renforcé le rôle de l'administration en cours de procédure de consultation et lui a confié le contrôle de la régularité de celle-ci et de la validité du plan de sauvegarde de l'emploi avec le transfert, par voie de conséquence, du contentieux à la juridiction administrative. Il s'agissait de mettre fin à l'abondant contentieux judiciaire relatif à la fourniture de documents à l'expert-comptable nommé par le comité d'entreprise, et plus largement, au contentieux judiciaire relatif à la phase de consultation du comité d'entreprise.

Ainsi, s'agissant d'abord des consultations du comité d'entreprise prévues aux articles L.2323-1 et suivants du code du travail dans le cadre de ses attributions propres (qui n'ont pas été substantiellement changées), la loi du 14 juin 2013 a réformé les modalités d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel.

Notamment, il a été ajouté à l'article L.2323-3 le principe selon lequel à l'expiration des délais de consultation, le comité d'entreprise est réputé avoir rendu son avis et a été créée à l'article L.2323-4 une voie de recours devant le président du tribunal de grande instance devant statuer sous huit jours en cas de contestations sur les informations communiquées au comité d'entreprise²⁷.

Dans le même temps, la loi du 14 juin 2013 a procédé à un rapprochement des procédures d'information et de consultation au titre des attributions propres du comité d'entreprise et au titre du droit des licenciements collectifs. Elle a en effet inscrit la consultation sur le projet de restructuration prescrite par l'article L.2323-15 devenu L.2323-31²⁸ dans le cadre de la procédure de consultations telle qu'organisée par l'article L.2323-30 relatif à la procédure de licenciement économique collectif avec la

²⁷ Ces règles ont été reprises par l'article L.2312-15 relatif au comité social et économique créé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 - art. 1

²⁸ Version en vigueur du 1^{er} juillet 2013 au 1^{er} janvier 2016 : Le comité d'entreprise est saisi en temps utile des projets de restructuration et de compression des effectifs. Il émet un avis sur l'opération projetée et ses modalités d'application dans les conditions et délais prévus à l'article L. 1233-30, lorsqu'elle est soumise à l'obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi. Cet avis est transmis à l'autorité administrative.

Cet article L.2323-15 est devenu l'article L.2323-31 créé par la loi n°2015-994 du 17 août 2015 puis abrogé. L'article L.2312-39 relatif au comité social et économique créé par l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 - art. 1 prévoit les mêmes règles dans ses alinéas 1 à 3

mise en place d'un PSE. Ainsi, "l'opération projetée et ses modalités d'application" définie par référence à l'article L.2323-31²⁹ constitue le premier objet de la consultation prévue à l'article L.1233-30. Symétriquement, c'est l'article L.2323-31³⁰ lui-même qui dispose que l'avis du comité d'entreprise sur le projet de restructuration doit être rendu « dans les conditions et délais de l'article L.1233-30 ». Ce dernier article, tel que modifié par la loi du 14 juin 2013, prévoit désormais différents délais préfix dans lesquels le comité d'entreprise³¹, et le cas échéant le CHSCT³², tient ses réunions et rend ses avis.

Il peut être avancé que le rapprochement de ces deux procédures de consultation, qui étaient auparavant menées concomitamment, sont désormais englobées³³ dans une seule procédure de consultation mais requérant deux avis, l'un sur « l'opération projetée et ses modalités d'application » et l'autre sur « le projet de licenciement collectif ».

S'agissant du déroulement de la procédure d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel dans le cadre de la procédure proprement dite de (grands) licenciements économique collectif, la réforme de la loi du 14 juin 2013 a eu pour objectif d'assigner à l'administration un rôle central avec un transfert corrélatif de compétence au juge administratif.

A ce titre, l'Instruction DGEFP/DGT n° 2013/13 du 19 juillet 2013 relative à la mise en œuvre de la procédure de licenciement économique collectif (ci après "instructions DGT du 19 juillet 2013") est intéressante. Elle indique :

« La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi vise à conforter le dialogue social en matière de restructuration, en ouvrant la possibilité de mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi par accord collectif majoritaire, en alternative à l'élaboration d'un document unilatéral, dans le cadre d'une procédure d'information-consultation rénovée se déroulant dans des conditions favorables à un dialogue constructif.

²⁹ Il en est de même pour l'article L.2312-39 relatif au comité social et économique

³⁰ Il en est de même pour l'article L.2312-39 relatif au comité social et économique

³¹ De même que le comité social et économique

³² Article L4614-12-1 (ancien) du code du travail

³³ Il est par ailleurs noté que l'alinéa 2 de l'article L.1233-30 « Il peut procéder à ces opérations concomitamment à la mise en oeuvre de la procédure de consultation prévue par l'article L. 2323-15. » a été supprimé par la loi du 14 juin 2013

Dans ce cadre, elle renforce, de façon significative, le rôle de l'autorité administrative qui devient garant de la qualité du dialogue social mais également de la qualité des mesures sociales du plan de sauvegarde de l'emploi³⁴. In fine, l'autorité administrative sera amenée à se prononcer sur le projet de licenciement économique collectif dans le cadre de la procédure de validation (en cas d'accord collectif majoritaire) ou d'homologation (dans le cas d'un document unilatéral); cette décision conditionnera la possibilité pour l'employeur de notifier les licenciements économiques.

(..)

Dans ce cadre, il est important que l'autorité administrative puisse, dès le démarrage de la procédure, être impliquée dans le projet de restructuration de l'entreprise, c'est à dire dès la notification de l'ouverture d'une négociation ou du projet de licenciement. Cette implication précoce permet ainsi à l'autorité administrative de s'imposer comme un interlocuteur privilégié qui facilite, le cas échéant, le dialogue social et d'être vigilant sur le contenu des mesures sociales du plan de sauvegarde de l'emploi, qui fera par ailleurs l'objet d'un suivi renforcé en ce qui concerne sa mise en œuvre.

Pour cela, les moyens d'intervention de l'autorité administrative ont été adaptés. Au delà de la possibilité d'adresser des observations et de faire des propositions d'amélioration du contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, la loi a créé un nouvel outil d'intervention - le pouvoir d'injonction - qui permet de repositionner les acteurs de l'entreprise dans une dynamique de dialogue et de recherche de compromis plutôt que de confrontation.

Cette phase amont de la procédure est également primordiale dans la mesure où elle permet de préparer la décision de l'autorité administrative de validation ou d'homologation du projet de licenciement qui interviendra respectivement dans le délai de 15 ou de 21 jours. L'implication précoce de l'autorité administrative permettra aussi d'instruire les demandes de validation ou d'homologation dans ces délais et de rendre des décisions motivées³⁵.

En termes de responsabilité, la DIRECCTE assumera ces nouvelles compétences qui imposent un changement radical pour accompagner la mise en œuvre de la nouvelle procédure d'encadrement des restructurations. »

Ce rôle central de l'administration se manifeste donc en premier lieu par l'obligation faite à l'employeur d'informer sans délai, s'il y a lieu, le Direccte de l'ouverture d'une négociation en vue de la conclusions d'un accord collectif³⁶. Au plus tôt le lendemain de la date prévue pour la 1^{ère} réunion visée à l'article L.1233-30 du code du travail, et le plus tôt possible après celle-ci, il lui notifie le projet de

³⁴ *Souligné par le rapporteur*

³⁵ *Souligné par le rapporteur*

³⁶ *Article L.1233-24-1 du code du travail*

licenciement³⁷ et le PSE³⁸. Il lui communique simultanément les informations adressées aux représentants du personnel lors de leurs convocations aux réunions, ainsi que les procès-verbaux des réunions comportant leurs avis, suggestions et propositions³⁹. Le rapport de l'expert est transmis au Direccte ainsi que les modifications du projet de licenciement⁴⁰.

Ensuite, au cours de la procédure et avant la transmission par l'employeur de sa demande de validation ou d'homologation, le comité d'entreprise, et en cas de négociation d'un accord collectif, les syndicats représentatifs de l'entreprise peuvent demander au Direccte d'enjoindre à l'employeur de fournir les éléments d'information sur la procédure ou de se conformer à une règle de procédure légale ou conventionnelle⁴¹. Il en est de même du CHSCT quand sa consultation est requise⁴².

Le Direccte se prononce dans les 5 jours de la réception de la demande. S'il y fait droit, il adresse une injonction à l'employeur avec copie à l'auteur de la demande, au CSE ou au CE et, en cas de négociation d'un accord, aux syndicats⁴³.

En outre, à tout moment en cours de procédure, le Direccte peut faire à l'employeur des observations ou des propositions sur le déroulement de la procédure ou le PSE. Il en envoie copie au CSE ou au CE (à défaut aux DP), ainsi qu'aux syndicats représentatifs dans l'entreprise en cas de négociation d'un accord collectif⁴⁴.

Le Conseil d'Etat a jugé que l'obligation qui incombe à l'administration d'envoyer copie au comité d'entreprise des observations qu'elle adresse à l'employeur sur le fondement de ces dispositions ainsi que l'obligation qui incombe à l'employeur d'envoyer copie de ses réponses aux représentants du personnel visent à ce que le comité d'entreprise dispose de tous les éléments utiles pour formuler ses avis en

³⁷ Article L.1233-46 du code du travail

³⁸ Article L. 1233-49 du code du travail

³⁹ Article L.1233-48 du code du travail

⁴⁰ Article L.1233-50 du code du travail

⁴¹ Articles L. 1233-57-5 et D.1233-12 du code du travail

⁴² CE, 29 juin 2016, n°386581

⁴³ Article D 1233-12 du code du travail

⁴⁴ Article L.1233-57-6 du code du travail

toute connaissance de cause. Il en va de même, en vertu des dispositions de l'article D. 1233-12 du même code, pour les injonctions adressées par l'administration à l'employeur en application des dispositions de l'article L. 1233-57-5⁴⁵. Le Conseil d'Etat a également précisé que cette procédure d'injonction avait notamment pour objet de "permettre aux institutions représentatives du personnel de contribuer elles-mêmes au respect de la procédure d'information et de consultation préalable à une demande d'homologation ou de validation"⁴⁶.

Une fois que l'employeur transmet au Direccte l'accord collectif ou le document unilatéral pour validation ou homologation, l'objet et l'étendue du contrôle de l'administration sont définies par les articles L.1233-57-2 et L.1233-57-3 du code du travail.

Dans le premier cas (accord collectif), sont contrôlées la conformité de l'accord conclu aux règles légales relatives à sa conclusion et à son contenu, la régularité des procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise⁴⁷, et, le cas échéant, du CHSCT, et la présence, dans le PSE du plan de reclassement prévu à l'article L.1233-61 et des modalités de suivi prévues par l'article L.1233-63. Dans le second cas (document unilatéral de l'employeur), la décision d'homologation implique le contrôle du respect des règles légales et des stipulations conventionnelles relatives à l'ensemble des dispositions que le document unilatéral est susceptible de comporter ; de la régularité de la procédure d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel ; de la conformité du document à l'ensemble des exigences légales relatives au PSE ; du respect de l'obligation de proposer un contrat de sécurisation professionnelle ou un congé de reclassement.

Il en résulte que dans tous les cas le contrôle de l'administration porte sur la régularité des procédures de consultation. C'est une constante du rôle dévolu par la loi de 2013 à l'autorité administrative. A l'inverse il n'est pas prévu de contrôle de l'administration portant sur le motif économique.

Corrélativement, le législateur a prévu un « bloc de compétence » du juge administratif à l'article L.1235-7-1 alinéa 1 : « L'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne

⁴⁵ CE, 22 mai 2019, n° 407401

⁴⁶ CE, 29 juin 2016, n°386581

article 4

⁴⁷ Du comité social et économique depuis l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017,

peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4. »

L'alinéa 2 de ce même article précise que « Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux. » Ce recours contentieux est présenté dans un délai de deux mois, à l'égard de l'employeur ce délai court à partir de la notification de la décision, à l'égard des organisations syndicales et des salariés, il court à partir du jour où la décision a été portée à leur connaissance (article L.1235-7-1 alinéa 3). Il est en outre prévu une procédure spécifique et accélérée devant les juridictions administratives. La règle du double degré de juridiction est maintenue, mais les délais sont abrégés (article L.1235-7-1 alinéa 4). Enfin, l'alinéa 5 de l'article L.1235-7-1 précise que « le livre V du code de justice administrative est applicable », c'est à dire le référé.

Ainsi, s'il est possible de s'adresser à l'administration, à tout moment de la procédure de consultation, pour réclamer le respect de la loi, tout recours au juge paraît en revanche retardé.

Certains auteurs⁴⁸, se sont néanmoins interrogés sur la possibilité de saisir le juge administratif antérieurement à la décision de validation ou d'homologation par la procédure du référé-suspension ou du référé-utile, dès lors que le dernier alinéa du même article L.1235-7-1 confirme que le livre V du code de justice administrative (relatif aux référés) est applicable.

Cependant, une grande partie de la doctrine⁴⁹ admet que la saisine du juge judiciaire en référé, a été remplacée par la saisine de l'administration suivant un mode de recours simple et rapide, la procédure d'injonction, mais dont les décisions (explicite ou implicite de rejet) ne peuvent être contestées qu'ultérieurement avec la décision relative à l'homologation ou la validation. Ceci correspondrait à la logique générale de la loi du 14 juin 2013 d'assigner à l'administration un rôle de garant d'un dialogue utile dans l'entreprise⁵⁰ et une intention clairement affichée du législateur de "sécuriser" la

⁴⁸ G. Couturier, *Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs*, *Droit social* 2013 p. 814; Y. Struillou, *regards sur la sécurisation de l'emploi*, *SSL* 2013, n°1392, 24

⁴⁹ Cf notamment H. Nasom-Tissandier, *L'appréciation des PSE par le juge administratif ou la quête d'efficacité*, *RJS* 2018 p. 185 ; M. Hautefort, *Litiges relatifs à l'intervention de l'expert-comptable: le juge judiciaire incompétent*, *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°453, 14 mai 2018 ; S. Brotons, *l'office du juge administratif dans le nouveau contentieux sur les PSE*, *SSL*, n°1665, 23 février 2015 ; *Mémento Social* 2019 , ed. Francis Lefebvre, n°48220 ;

⁵⁰ *L'étude d'impact (pages 130 à 135) du projet de loi comprend un paragraphe sur les recours contentieux dans le cadre de la nouvelle procédure de licenciement économique collectif et notamment pendant la procédure d'information consultation. Il est ainsi mentionné que « dans le cadre de la nouvelle procédure, la possibilité pour les parties d'agir en référé en cours de procédure ne paraît plus justifiée dans la mesure où*

procédure en répondant notamment à l'une des principales critiques adressées au dispositif antérieur permettant la saisine du juge civil en référé " potentiellement riche d'incidents, d'escarmouches et de combats d'arrière-garde aux effets dévastateurs"⁵¹.

Il convient en outre de relever, que le premier alinéa de l'article L.1235-7 qui prévoyait expressément la possibilité d'agir en référé en cours de procédure d'information-consultation a été supprimé par la loi du 14 juin 2013. Il ressort des travaux parlementaires, que cette suppression résulte d'une volonté clairement exprimée du législateur d'exclure le recours au juge civil des référés en cas de difficultés pendant le déroulement de la procédure⁵². Il avait été en outre question par un amendement de prévoir un recours spécifique devant le tribunal administratif des décisions de refus ou partielles de l'administration dans le cadre de l'article L.1233-57-5 qui n'a pas été retenu, de même que l'absence de recours au juge des référés a été discutée⁵³. Il en résulte une intention claire du législateur de restreindre le droit au recours dans cette phase de la procédure pour "la sécuriser".

La sanction du non-respect des procédures, à savoir un éventuel refus d'homologation du document unilatéral ou de validation de l'accord collectif, quoique différée, est volontiers présentée comme efficace et incitative pour l'employeur⁵⁴.

l'instauration de la procédure de validation / homologation renforce le rôle de l'administration. Au-delà de son information et de sa capacité à faire des propositions, l'autorité administrative s'impose comme un interlocuteur privilégié pouvant, le cas échéant, être un intermédiaire entre les parties. Ce repositionnement donne une autorité particulière à ses observations, voire à ses injonctions dans la mesure où, si elles ne sont pas suivies d'effet, elles exposent l'employeur au risque de refus d'homologation. [...]. Les décisions de l'administration dans cette phase sont susceptibles d'être contestées devant le juge à l'occasion d'un recours éventuel formé contre la décision de validation / homologation ».

1201

⁵¹ B. Teyssié, *L'accord, la loi, le juge : un nouveau droit des PSE*, JCP social n°19, 7 mai 2013,

⁵² *Le rapport (pages 130 à 135) fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi indique que le nouvel article L. 1235-7-1 attribue « une compétence exclusive à la juridiction administrative ». Cet article « opère donc un regroupement des motifs contentieux relatifs à la procédure de licenciement dans une action en justice unifiée autour de la compétence du juge administratif ». Le rapporteur ajoute qu'en cas de « difficulté pendant la procédure, les représentants du personnel ou les délégués syndicaux devront s'adresser à l'administration, comme exposé ci-dessus. Ils ne pourront, donc, plus exercer de recours contentieux. Pour cette raison, le XXXII supprime la possibilité actuelle d'agir en référé en cours de procédure devant le tribunal de grande instance, prévue au premier alinéa de l'article L. 1235-7 ».*

⁵³ *Cf les débats tenus en séance publique lors de l'adoption de l'article 13 du projet de loi.*

⁵⁴ *Cf notamment H. Nasom-Tissandier, L'appréciation des PSE par le juge administratif ou la quête d'efficacité*, RJS 2018 p. 185

A cet égard, il peut être souligné, que dans les circonstances de l'espèce, le Direccte a constaté⁵⁵ que la direction de l'entreprise avait reconnue avoir démarré la réorganisation pendant la phase d'information-consultation (notamment avec la fermeture du magasin de Rouen) et a enjoint à celle-ci de suspendre cette réorganisation pendant la période déterminée de cette procédure et l'a invité à préciser la situation des salariés pour le magasin de Calais. Ces injonctions ont semble-t-il eu un certain effet dès lors que la fermeture programmée de plusieurs magasins a été reportée, mais l'administration s'est reconnue incompétente pour ordonner la réouverture d'un des magasins effectivement fermé dès le début de la procédure de consultation.

Sur le référé, le Conseil d'Etat a admis que les décisions de validation ou d'homologation rendue par le Direccte puissent faire l'objet d'un référé-suspension en application du dernier alinéa de l'article L.1235-7-1, tout en précisant qu'il n'existait pas de présomption d'urgence dans cette hypothèse⁵⁶.

Le Conseil d'Etat a rendu deux décisions le 25 septembre 2019 n^o428508 et n^o 428510 sur l'office du juge des référés administratif dans le cadre des dispositions des articles L.1233-57-5 et L.1233-7-1 du code du travail.(cf rapport complémentaire QPC). Il pourrait résulter de ces décisions que les demandes au cours de la procédure de consultation entrant dans le champ de l'article L.1233-57-5 doivent d'abord être adressées à l'autorité administrative et le juge administratif n'est compétent, même en référé, seulement dans le cadre d'un contentieux sur la validation ou l'homologation du PSE.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2013, le contentieux administratif relatif à la validation ou l'homologation du PSE met en exergue deux éléments de contrôle du juge administratif, à savoir la vérification du PSE et la régularité de la procédure avant son adoption.

Sur ce dernier point, le Conseil d'Etat⁵⁷ a jugé qu'il résulte des articles L.1233-28, L. 1233-30 et L.2323-15 du code du travail que « Lorsqu'elle est saisie par un employeur d'une demande d'homologation d'un document unilatéral fixant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), il appartient à l'administration de s'assurer, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, que la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise a été régulière. Elle ne peut légalement accorder l'homologation demandée que si

⁵⁵ Décision du 26 octobre 2018 du Direccte de Paris, production n°1, mémoire en réponse QPC

⁵⁶ CE, 21 février 2014, n°374409

⁵⁷ CE, Assemblée, 22 juillet 2015, n°385816

le comité a été mis à même d'émettre régulièrement un avis⁵⁸, d'une part sur l'opération projetée et ses modalités d'application et, d'autre part, sur le projet de licenciement collectif et le plan de sauvegarde de l'emploi. Il appartient à ce titre à l'administration de s'assurer que l'employeur a adressé au comité d'entreprise, avec la convocation à sa première réunion, ainsi que, le cas échéant, en réponse à des demandes exprimées par le comité, tous les éléments utiles pour qu'il formule ses deux avis en toute connaissance de cause » . Il en est de même pour l'administration saisi d'une demande de validation d'un accord collectif⁵⁹. A cet égard, le Conseil d'Etat a admis l'intérêt à agir du comité d'entreprise dans le cadre de l'article L.1235-7-1 du code du travail⁶⁰.

Ainsi, il a été jugé que l'administration, sous le contrôle du juge administratif vérifie la régularité de l'ordre du jour et de l'expertise destinée à l'information du comité d'entreprise (ou du comité social et économique ou du conseil d'entreprise)⁶¹ ; la régularité des réunions dudit comité⁶² ; la nécessité de la consultation du CHSCT⁶³ ; la vérification de la transmission aux représentant du personnel des réponses de l'employeur aux observations de l'administration⁶⁴.

Par ailleurs, il est important de souligner, que dans son contrôle de la régularité de la procédure, notamment d'information et de consultation des institutions représentatives du personnel, la juridiction administrative se livre à un contrôle volontiers présenté comme "pragmatique". En effet, la nullité de la procédure, et par suite de la décision d'homologation ou de validation, n'est pas toujours encourue, elle ne l'est que si l'irrégularité a pu influencer l'appréciation des représentants du personnel ou le contrôle exercé par l'administration⁶⁵.

⁵⁸ *Souligné par le rapporteur*

⁵⁹ *CE, 12 juin 2019, n°420084*

⁶⁰ *CE, 21 février 2014, n°374409*

⁶¹ *CE, 21 octobre 2015, n°382633*

⁶² *CE, 7 décembre 2015, n°383856*

⁶³ *CE, 21 octobre 2015, n°386123 ; CE, 29 juin 2016, n°386581*

⁶⁴ *CE, 7 décembre 2015, n°381307*

⁶⁵ *Cf notamment CE, 21 octobre 2015, n° 382633 ; CE, 7 décembre 2015, n°383856 et son communiqué de presse ; CE, 7 décembre 2015, n°381307 : l'absence de transmission par l'employeur d'un document au comité d'entreprise n'est pas de nature à entraîner nécessairement l'irrégularité de la procédure d'information et de consultation mais doit être pris en compte dans l'appréciation globale que doit porter l'administration sur la régularité de cette procédure ; CE, 10 juillet 2017, n°398256 ;*

La doctrine⁶⁶ relève que le contraste est frappant avec la jurisprudence judiciaire antérieure : « désormais, seuls sont opérants devant les juges administratifs les moyens relatifs à l'appréciation portée par l'administration aux conséquences des irrégularités « substantielles » sur l'avis du comité d'entreprise ou du CHSCT- demain du comité social et économique. Par son appréciation globale, le juge administratif semble s'attacher davantage au « processus décisionnel » dans lequel se place l'information puis la consultation. Ce faisant, il rend la voie de l'annulation pour irrégularité de la procédure d'information consultation bien étroite ».

S'agissant effectivement des sanctions, comme le souligne un commentateur de la loi du 14 juin 2013⁶⁷, le fait que revienne désormais à l'autorité administrative de contrôler le respect des règles de procédure (dont les règles de procédure d'information et consultation des institutions représentatives du personnel) ainsi que les règles relatives au PSE déplace nécessairement le problème des sanctions. Si la procédure n'a pas été régulière et /ou si le PSE ne répond pas aux exigences légales, l'employeur ne peut pas obtenir la validation d'un accord majoritaire ni l'homologation d'un document unilatéral. Ces décisions administratives étant indispensables, il ne peut pas licencier. La question n'est plus alors de savoir quelle sanction s'applique lorsque la procédure de licenciement a été irrégulière ou en cas d'absence ou d'insuffisance du PSE : elle est désormais de savoir quelle sanction s'applique en l'absence de décision administrative positive.

L'article L.1235-10 dans sa rédaction issue de la loi du 14 juin 2013 prévoit que « Le licenciement intervenu en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul ». L'obtention d'une décision favorable - d'homologation ou de validation - est donc une condition de validité du licenciement. La sanction de nullité est également susceptible d'être appliquée dans le cas où l'employeur a demandé et obtenu une décision de validation ou d'homologation, mais où cette décision fait elle-même l'objet d'une annulation. Il n'en n'est cependant ainsi que si l'annulation de la décision administrative a été prononcée « en raison d'une absence ou d'une insuffisance du PSE »⁶⁸, c'est-à-dire le motif, qui dans l'état antérieur, était cause de nullité du licenciement. Si l'annulation de la décision intervient pour un motif différent, par exemple l'irrégularité de la procédure d'information et de consultation des IRP, il n'est pas question de nullité du licenciement. Toutefois l'article L.1235-16 prévoit que l'annulation de la décision de l'administration pour un motif autre que l'absence ou l'insuffisance du PSE, donne lieu à la réintégration du salarié dans l'entreprise, sous réserve de l'accord des parties, ou à défaut, le salarié a

⁶⁶ Hélène Nasom-Tissandier, *L'appréciation des PSE par le juge administratif ou la quête de l'efficacité*, RJS 2018 p.185

⁶⁷ G. Couturier, *Un nouveau droit des (grands) licenciements collectifs*, Droit social 2013 p.814

⁶⁸ Article L.1235-10 alinéa 2

droit à une indemnité à la charge de l'employeur qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

En outre, il semble que le législateur n'ait pas prévu les conséquences d'une saisine du juge des référés administratif, en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'une demande de suspension de la décision de l'autorité administrative validant un accord collectif ou homologuant un document de l'employeur relatifs à un plan de sauvegarde de l'emploi, ni d'une éventuelle décision de suspension, sur les licenciements pour motif économique déjà notifiés. En effet l'article L.1233-39 alinéa 5 prévoit que l'employeur notifie le licenciement après la notification par l'autorité administrative de la décision de validation ou d'homologation, ou à l'expiration des délais prévues à l'article L.1233-57-4 du code du travail.

Enfin, s'agissant de la question de la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire, à ce jour la chambre a rendu les décisions suivantes :

* Il résulte des articles L. 1233-57-5 et L. 1235-7-1 du code du travail que la juridiction de l'ordre judiciaire est incompétente pour statuer sur une demande de communication de pièces formulée à l'encontre de l'employeur par l'expert-comptable désigné dans le cadre de la procédure de consultation du comité d'entreprise en cas de licenciements collectifs pour motif économique prévue à l'article L. 1233-30 du code du travail (Soc., 28 mars 2018, pourvoi n^o15-21.372) ;

* Il résulte de l'article L. 1235-7-1 du code du travail, issu de la loi n^o 2013-504 du 14 juin 2013, que, si le juge judiciaire demeure compétent pour apprécier le respect par l'employeur de l'obligation individuelle de reclassement, cette appréciation ne peut méconnaître l'autorité de la chose décidée par l'autorité administrative ayant homologué le document élaboré par l'employeur par lequel a été fixé le contenu du plan de reclassement intégré au plan de sauvegarde de l'emploi.

Viole dès lors ces dispositions ainsi que la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et le principe de la séparation des pouvoirs, une cour d'appel qui, pour juger des licenciements dénués de cause réelle et sérieuse, se fonde sur une insuffisance du plan de sauvegarde de l'emploi alors que le contrôle du contenu de ce plan relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative(Soc., 21 novembre 2018, pourvoi n^o17-16.766, 17-16.767).

* Selon l'article L. 1233-57-3 du code du travail, dans sa rédaction issue de la loi n^o 2014-856 du 31 juillet 2014, en l'absence d'accord collectif ou en cas d'accord ne portant pas sur l'ensemble des points mentionnés aux 1^o à 5^o de l'article L. 1233-24-2, l'autorité administrative homologue le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, après avoir notamment vérifié le respect, le cas échéant, des obligations prévues aux articles L. 1233-57-9 à L. 1233-57-16, L. 1233-57-19 et L.

1233-57-20, relatives à la recherche d'un repreneur en cas de projet de fermeture d'un établissement.

Le respect du principe de la séparation des pouvoirs s'oppose dès lors à ce que le juge judiciaire se prononce sur le respect par l'employeur de son obligation de recherche d'un repreneur, laquelle relève de la seule compétence de la juridiction administrative. (Soc., 16 janvier 2019, pourvoi n^o 17-20.969 publié)

* Selon l'article L. 1235-7-1 du code du travail, l'accord collectif mentionné à l'article L. 1233-24-1, le document élaboré par l'employeur mentionné à l'article L. 1233-24-4, le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, les décisions prises par l'administration au titre de l'article L. 1233-57-5 et la régularité de la procédure de licenciement collectif ne peuvent faire l'objet d'un litige distinct de celui relatif à la décision de validation ou d'homologation mentionnée à l'article L. 1233-57-4.

Ces litiges relèvent de la compétence, en premier ressort, du tribunal administratif, à l'exclusion de tout autre recours administratif ou contentieux.

En revanche, une cour d'appel, qui constate être saisie de demandes tendant au contrôle des risques psychosociaux consécutifs à la mise en oeuvre d'un projet de restructuration, en déduit exactement que le juge judiciaire est compétent.

(Soc., 14 novembre 2019, pourvoi n^o 18-13.887).

- Eléments relatifs au droit de l'Union et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen

Il peut être rappelé ici que la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, prévoit en son article 6 : Les États membres veillent à ce que les représentants des travailleurs et/ou les travailleurs disposent de procédures administratives et/ou juridictionnelles aux fins de faire respecter les obligations prévues par la présente directive.

Dans un arrêt du 16 juillet 2009 C-12/08, la CJUE a rappelé qu'il ressort des termes de cette disposition que les États membres sont obligés d'instaurer des procédures permettant d'assurer le respect des obligations prévues par la directive

98/59. En revanche, et dans la mesure où cette directive ne développe pas plus avant cette obligation, il appartient aux États membres de régler les modalités de ces procédures (point 34). Elle a cependant précisé que s'il appartient aux États membres d'aménager les procédures permettant d'assurer le respect des obligations prévues par la directive 98/59, cet aménagement ne saurait toutefois priver d'effet utile les dispositions de celle-ci (point 36). Elle a en outre constaté que le droit d'information et

de consultation prévu par la directive 98/59, en particulier à l'article 2 de celle-ci, est conçu au bénéfice des travailleurs en tant que collectivité et possède donc une nature collective (point 42) et relevé que le niveau de protection de ce droit collectif exigé par l'article 6 est atteint dès lors que la réglementation nationale confère aux représentants des travailleurs un droit de contestation qui, d'une part n'est pas limité en ce qui concerne les griefs susceptibles d'être invoqués et, d'autre part, n'est pas subordonné à des conditions spécifiques, autres que celles relatives aux conditions générales de recevabilité d'une action judiciaire de droit interne (points 37 et 43).

Sur le droit à un tribunal ou recours effectif :

Enfin, chaque justiciable possède le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses « droits et obligations de caractère civil ». C'est ainsi que l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen consacre le « droit à un tribunal », dont le « droit d'accès », à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect (Golder c. Royaume-Uni, §

36 ; Naït-Liman c. Suisse [GC], § 113). L'article 6 § 1 peut donc être invoqué par quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits de caractère civil, se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 § 1.

Le « droit à un tribunal », comme le droit d'accès, ne revêtent pas un caractère absolu : ils peuvent donner lieu à des limitations, mais elles ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même (Philis c. Grèce (no 1), § 59 ; De Geouffre de la Pradelle c. France, § 28 ; Stanev c. Bulgarie [GC], § 229 ; Baka c. Hongrie [GC], § 120 ; Naït-Liman c. Suisse [GC], § 114). En outre, les limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et que s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (Paroisse gréco-catholique Lupeni et autres c. Roumanie [GC], § 89 ; Naït-Liman c. Suisse [GC], § 115).

S'agissant de la charte des droits fondamentaux, celle-ci s'applique aux États membres, mais uniquement lorsque ceux-ci mettent en oeuvre le droit de l'Union⁶⁹.

Concernant l'article 47 de la charte, la CJUE a précisé que le droit à un tribunal, dont le droit

d'accès à un tribunal constitue un aspect particulier, garanti par l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et consacré par l'article 47 de la charte des droits fondamentaux, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours. Ces limitations ne sauraient toutefois restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa

⁶⁹ CJUE, 26 février 2013 aff n°C-617/10

substance même. Elles doivent tendre à un but légitime et il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé⁷⁰.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, et plus particulièrement du rapprochement des procédures d'information et de consultation du comité d'entreprise au titre des projets de restructuration et compression des effectifs et au titre du droit des licenciements collectifs opéré par la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi, la chambre devra dire, si l'arrêt écartant la compétence du juge judiciaire statuant en référé sur le fondement des dispositions des articles L.1233-57-5 et L.1235-7-1 du code du travail, encourt les griefs du moyen en ses 1^{ère} et 2^{ème} branches.

Plus précisément, la chambre devra s'interroger sur le point de savoir, si la contestation en l'espèce du comité d'entreprise relative à la mise en oeuvre du projet de restructuration avant l'achèvement de la procédure de consultation initiée dans le cadre de l'article L.1233-30, pourrait relever de la compétence du juge judiciaire en ce que la contestation est relative à la mise en oeuvre du projet de restructuration ou de l'autorité administrative/juge administratif en ce que la contestation serait relative à la régularité de la procédure d'information-consultation du comité d'entreprise.

La 3^{ème} branche est sans portée dès lors que par arrêt du 9 octobre 2019, la chambre sociale de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

⁷⁰ CJUE 9 septembre 2015 aff n°C-506/13 (point 26) ; cf également 18 mars 2010 aff n°C-317/08 (points 54/59).